

# Responsabilidade administrativa pela má utilização da água\*

Joel Ilan Paciornik

## RESUMO

O trabalho prende-se inicialmente à importância conferida em nível constitucional à tutela do meio ambiente, erigido que foi à categoria de bem público de uso comum do povo essencial à sadia qualidade de vida.

Procura demonstrar que a garantia do meio ambiente pode-se dar mediante diferentes esferas de tutelas, salientando a importância e os mecanismos da tutela administrativa, dando especial ênfase ao poder de polícia da administração.

A abordagem foi feita em nível conceitual do poder de polícia, com suas características e limites de exercício, tecendo ainda considerações sobre as penalidades administrativas que podem resultar da prática de atos lesivos ao meio ambiente.

Por fim, ingressa no tema específico das infrações praticadas contra o regime das águas, que se encontram descritas na Lei que define a política nacional de recursos hídricos, procurando agrupá-las segundo critérios de semelhança e ainda abordando algumas peculiaridades.

## PALAVRAS-CHAVE

Meio ambiente; Direito Ambiental; Direito da Água; bem ambiental; tutela administrativa; poder de polícia; responsabilidade administrativa; penalidade administrativa; infração administrativa ambiental; fiscalização; Direito Administrativo; Política Nacional de Recursos Hídricos; Lei n. 9.433/97; Lei das Águas.

## ABSTRACT

This article deals initially with the importance attributed at constitutional level to environmental guardianship since it is seen as a public asset for the common use of the people for a healthy quality of life.

It seeks to show that environmental protection and conservation can be achieved through different spheres of guardianship. It stresses the importance of administrative guardianship and its mechanisms, focusing specifically on the administrative police power.

This approach starts with a conceptual vision of police power, that is, its characteristics and the limits to its exercise of power. It also considers administrative penalties which can result from the practice of harmful acts against the environment. Finally, it focuses specifically on infractions practised against the water system. These infractions are found in the Law that defines the national water resources policy and which seeks to group these infractions according to their similarities as well as certain specific qualities.

**KEYWORDS** – Environment; Environmental Law; Water Law; environmental asset; administrative guardianship; police power; administrative liability; administrative penalty; environmental administrative infraction; inspection; Administrative Law; National Water Resource Policy; Law n. 9.433/97; Water Bill.

**Joel Ilan Paciornik** é Juiz Federal da 3ª Vara Cível de Curitiba – Seção Judiciária do Paraná e Juiz do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná.

\* Texto produzido pelo autor, baseado em conferência proferida no Painel VI – Responsabilidade pela má utilização da água – do Seminário Internacional “Água, bem mais precioso do milênio”, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, de 17 a 19 de maio de 2000, em Brasília-DF, no auditório do Superior Tribunal de Justiça.

O constituinte elegeu o meio ambiente como sendo um bem de uso comum e essencial à qualidade de vida, integrando-o a uma categoria especialmente protegida. A própria Constituição alberga aquela teoria famosa da independência entre as instâncias administrativas, penal e civil, e cabe a nós traçarmos algumas considerações com relação à responsabilidade administrativa, suas características e alguns tipos de infrações hoje previstas na Lei de Recursos Hidricos.

Para isso é necessário que se dote a Administração Pública de mecanismos de controle da atuação das pessoas que praticarão condutas lesivas ao meio ambiente. Esse mecanismo, normalmente fornecido à Administração Pública, é conhecido como “poder de polícia”. O poder de polícia encontra uma conceituação no Código Tributário Nacional, art. 78, em que se pretendeu dar um conceito justificador à cobrança de taxas. Portanto, o Estado poderia cobrar taxas, ou quando existe prestação de serviços públicos, ou pelo regular exercício do poder de polícia. O importante é saber que a noção do poder de polícia está intimamente ligada ao poder de restrição que a Administração tem sobre as condutas dos particulares. É por meio desse poder que se restringem comportamentos que muitas vezes se dirigem ao uso e ao gozo de direitos por parte dos particulares em respeito, em salvaguarda, ao interesse maior coletivo.

Essa doutrina geral do poder de polícia foi absorvida pelo Direito Administrativo e tem sido tratada de uma forma mais especializada pelo Direito Ambiental, criando-se até uma noção de polícia ambiental, ou poder de polícia ambiental, cujo conceito é dado com bastante clareza nas lições do Prof. Paulo Affonso Leme Machado, que disse ser (...) *poder de polícia ambiental atividade da Administração Pública que limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula prática de hábito ou abstenção de fato em razão de interesses públicos concernentes à saúde da população, conservação dos ecossistemas, disciplina da produção do mercado, exercícios de atividades econômicas ou de outras atividades dependentes de concessão, autorização ou licença do Poder Público, de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza*<sup>1</sup>. Esse conceito nada mais é do que uma transposição e uma especialização do conceito normal de poder de polícia para a matéria ambiental.

Como o objeto deste painel foi tratar das três modalidades de condutas que podem ser lesivas ao meio ambiente, ou seja, aquelas que gerem responsabilidade administrativa, penal e civil, seria interessante fazer uma pequena diferenciação entre esses três tipos.

A responsabilidade civil é a que decorre da prática de ato que venha causar danos e se exaure com a indenização. É a noção clássica que traz o art. 159 do Código Civil, segundo o qual todo aquele que, por ação ou omissão, causar dano fica obrigado a reparar o mesmo.

A responsabilidade penal é a que surge da prática de condutas definidas pela lei como ilícitos penais. A lei há de descrever as condutas típicas para aqueles que, em se subsumindo a esses comportamentos, ficarão sujeitos à aplicação dessas sanções.

Por fim, a responsabilidade administrativa é aquela que, segundo ensinamentos do Prof. Vladimir Passos de Freitas, decorre da relação entre a administração e o administrado<sup>2</sup>. O Prof. Vladimir, em seus trabalhos, cita o conceito do doutrinador Zamboni, segundo o qual há uma diferença básica entre a responsabilidade administrativa, vigiada por meio da atividade administrativa do Estado, e a responsabilidade civil ou penal, que se atribui por intermédio do poder jurisdicional, ou seja, por meio da atividade de jurisdição. Portanto, a responsabilidade administrativa seria apurada mediante processos administrativos, ao passo que a responsabilidade penal e a responsabilidade civil, em regra – pelo menos a penal –, sempre é apreciada por meio de processo judicial<sup>3</sup>.

Ainda proporia um outro critério diferenciativo entre as responsabilidades civil, penal e administrativa – além desse atinente a se estamos diante de atividade administrativa ou jurisdicional do Estado –, qual seja o nível de reprovação, de repulsa – usando a linguagem do Celso Antônio Bandeira de Melo – que o Direito atribui a determinadas condutas. É claro que as condutas mais reprováveis são sancionadas por meio das normas penais. As condutas, cujo objetivo é tão-somente a reparação patrimonial, são sancionadas por intermédio da responsabilidade civil, e aquelas, não de menor reprovação, mas de um grau de reprovação mais reduzido pelo Direito, seriam as sanções administrativas. Quando se trata das penalidades aos infratores, há sempre a diferenciação baseada nesses graus de reprovabilidade. Portanto, além desse grau de reprovabilidade, além da natureza da atividade

estatal, existe ainda este outro critério: a natureza das punições. Há as tipicamente administrativas e outras que são características do Direito Penal. Com isso, no caso concreto, pode-se verificar se a violação foi de ordem administrativa, civil ou penal.

Em se tratando de responsabilidade administrativa, existe a questão dos tipos abertos ou até de uma discricionariedade que se forneça ao administrador público e ao intérprete da lei; primeiro, para a verificação da existência da infração e, depois, para a gradação da penalidade. Isso é típico da atividade administrativa, e encontram-se na Lei n. 8.112, que trata do Regime Jurídico dos servidores, algumas normas que poderíamos chamar de “tipos abertos” na doutrina penal ou “conceitos indeterminados” na doutrina administrativa. Por exemplo, a Lei n. 8.112, no art. 132, inc. VI, menciona uma violação que pode ser praticada pelo servidor público, definida como “insubordinação grave ao serviço”. É um conceito amplo, por isso a Lei dá ao intérprete, ao aplicador, uma margem grande de discricionariedade, mas, com isso, poderá fazê-lo criar um tipo ou uma conduta não prevista pela lei. Se for permitido ao administrador a interpretação ou mesmo a criação de uma conduta, utilizando-se de uma forma muito aberta dessa possibilidade legal, viola-se, por via reflexa, o princípio da legalidade, que é básico de toda administração pública e se encontra esculpido no *caput* do art. 37 da Constituição. Essa questão dos tipos abertos poderia ser transportada para os tipos infracionais abertos, pois o aberto deve ser visto com muita cautela, de modo a não se cometerem posições extremadas que viriam em confronto com outros postulados básicos da Constituição.

Há uma novidade na Lei n. 9.605, que dispõe sobre sanções penais e administrativas derivadas de condutas lesivas ao meio ambiente. Essa Lei define “infração administrativa”, conceito que se pode trazer para a especialidade do contexto das infrações da Lei dos Recursos Hidricos. Esse conceito é perfeitamente transportável, porque o art. 70 da Lei conceitua: *Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente*.

A Lei n. 9.433 – a Lei dos Recursos Hidricos – prevê alguns tipos específicos de infrações, que seriam – guardadas as devidas proporções com o Direito Penal – normas especiais, porque não se estaria diante de uma

infração genérica da lei ambiental, mas, sim, de uma infração específica que viola a lei que institui a política nacional de recursos hídricos. Por exemplo, o art. 49 da Lei diz: *Constitui infração de normas de utilização dos recursos hídricos superficiais ou subterrâneos: I) derivar ou utilizar recursos hídricos sem a respectiva outorga de uso, ou iniciar ou implantar empreendimento sem a autorização de órgãos competentes; utilizar-se de recursos hídricos em desacordo com as condições da outorga; perfurar poços sem a autorização.*

Todas essas são infrações administrativas específicas do regime jurídico das águas. Pela impossibilidade de se analisar cada uma dessas infrações, convém tratá-las de uma forma genérica e fazer alguns comentários sobre as sanções administrativas aplicáveis a essas condutas.

Em verdade, todas essas condutas podem ser classificadas em dois ou três grandes grupos. Um deles refere-se às condutas realizadas sem a outorga, ou contrariamente aos termos estabelecidos na outorga, que é aquele instituto de Direito Público previsto no art. 12 da Lei n. 9.433, pelo qual o particular obtém o direito de exploração do recurso hídrico. Essa outorga irá prever todas as condições do exercício desse direito.

Há um outro grupo de infrações, nos quais se verificam nitidamente tipos abertos, como por exemplo, os incs. VII e VIII do art. 49, que consistem na infração de normas estabelecidas no regulamento desta Lei e nos regulamentos administrativos, compreendendo instruções e procedimentos fixados pelos órgãos ou entidades competentes.

Dotada de poder regulamentar, a Administração Pública supre, preenche, amplia, vem tornar exequível a Lei por meio da sua regulamentação. Qualquer conduta que dela derive mas que encontre uma normatização no ordenamento infraconstitucional e que, naturalmente, não vá contra a lei – porque senão violará o princípio da legalidade –, poderá ser norma que se impõe ao usuário do recurso hídrico. Portanto, se esse usuário violar qualquer norma, ainda que seja regulamentar, estará incidindo nessa proibição legal.

Outro tipo aberto a se mencionar é: (...) *obstar ou dificultar a ação fiscalizadora das autoridades competentes.* A lei não define quais são essas condutas. Em tese, caberá ao administrador, no caso concreto, ou seja, à autoridade competente pela fiscalização, verificar se aquele ato praticado pelo usuário está obstando, prejudicando a atividade de fiscalização.

Quando se trata de vida saudável, tem-se de pensar primeiro na vida do homem, ser principal em função do qual a vida gira. Dentro dessa missão, há diferentes papéis a serem desenvolvidos: uns pela sociedade, uns pela (...) Administração. E esse papel da Administração é desenvolvido mediante o exercício do poder de polícia, por meio do qual se tentarão coibir, (...) essas condutas que sejam lesivas ao meio ambiente.

Vejam que as sanções previstas na Lei n. 9.433 o são no art. 50, e a maior prova de que a lei assimilou esse conceito de discricionariedade administrativa é o próprio texto do art. 50. A Lei diz: *Por infração de qualquer disposição legal ou regulamentar referente à execução de obras ou serviços hidráulicos, derivação ou utilização de recursos hídricos de domínio ou administração da União, ou pelo não-atendimento de solicitações feitas, o infrator, a critério da autoridade competente, ficará sujeito às seguintes penalidades, independentemente da ordem de numeração: advertência; multa, simples ou diária; embargo provisório e embargo definitivo.* A própria lei prevê, a critério da autoridade competente, ou seja, incumbe à autoridade fiscalizadora, que aplicará a penalidade – evidentemente que respeitado o processo administrativo, com as garantias constitucionais que a ele são inerentes –, avaliar se o grau de violação, se a ofensa que o usuário do recurso hídrico perpetrou. É de tal gravidade que mereça desde a advertência – uma pena pedagógica, segundo lição do Prof. Vladimir Passos de Freitas<sup>4</sup> –, ou se é caso de pena de multa, que é a penalidade pecuniária; ou, ainda, dentro disso, se é a mul-

ta simples ou a multa diária – e aí vale uma diferenciação: a multa simples se dirige àquelas condutas que se consomem e terminam no tempo, e a multa diária seria para aquelas infrações que se protraem no tempo; então, a multa incidiria enquanto a infração estiver sendo cometida; ou se é caso de embargo provisório ou de embargo definitivo, quando se trata de obras ou má utilização desses recursos. A Administração tem o poder discricionário de valorar, de avaliar a conduta do infrator e o tipo de penalidade a ela aplicada.

Mas também há uma recomendação legal: não há uma abertura total ao administrador, de modo que a aplicação dessa penalidade fique jungida só a seus critérios pessoais. Devemos nos valer da noção dada pela lei geral – a Lei de Crimes Ambientais, Lei n. 9.605 – que dá uma norma geral quanto à aplicação não só das penalidades para aquelas condutas definidas como crime, mas essas indicações são empregáveis, também, na aplicação da infração administrativa. É o que encontramos no art. 6º da Lei, que diz: *Para a imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará: I) a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente; II) os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação ambiental; III) a situação econômica do infrator, em caso de multa.* Há uma semelhança muito grande dessa disposição com o art. 59 do Código Penal brasileiro.

O art. 59 do Código Penal brasileiro dá as regras a serem observadas pelo juiz na individualização da pena quando da fixação da pena-base ao proferir uma sentença condenatória. E o art. 59 diz mais ou menos a mesma coisa: *O juiz, atendendo à culpabilidade, antecedentes, conduta social do agente, motivos, circunstâncias do crime, fixará a pena-base entre aquelas cominadas no tipo penal.*

Há algumas posições doutrinárias respeitáveis que concordam com essa assertiva que propus: há uma semelhança muito grande entre a dosimetria da pena no Direito Penal e a dosimetria da pena na infração administrativa. Com essas regras de dosimetria, retiramos das mãos do administrador público aquela liberdade total, aquela discricionariedade cujos limites da arbitrariedade, às vezes, ficam muito tênues, porque quando termina a discricionariedade, em Direito Administrativo, inicia-se a arbitrariedade. Daí a razão sábia da Lei em determinar essas prescrições que dão ao adminis-

trador público essas linhas de conduta e que, certamente, deverão ser respeitadas quando da aplicação da penalidade, inclusive sob pena de se estabelecer controle judicial sobre a aplicação dessa penalidade, porque a penalidade administrativa mal aplicada, ou aplicada em desconformidade com a lei, enseja controle judicial, por ser inerente à atividade jurisdicional dizer da legalidade ou não dos atos praticados pela Administração Pública.

A valorização e a proteção do meio ambiente consistem em pressupostos imprescindíveis a uma vida saudável. Quando se trata de vida saudável, tem-se de pensar primeiro na vida do homem, ser principal em função do qual a vida gira.

Dentro dessa missão, há diferentes papéis a serem desenvolvidos: uns pela sociedade, uns pela própria Administração. E esse papel da Administração é desenvolvido mediante o exercício do poder de polícia, por meio do qual se tentarão coibir, de modo repressivo e preventivo, essas condutas que sejam lesivas ao meio ambiente.

Os recursos hídricos, hoje, são imprescindíveis à sobrevivência humana, e a sua utilização deve seguir, hoje, uma normatização, porque se não regulamentarmos, se não estabelecermos normas de utilização dos recursos hídricos, chegaremos a uma situação insustentável, não só à vida humana, mas a qualquer tipo de vida. Hoje tanto o reino animal como o reino vegetal prescindem realmente dos recursos hídricos. E aí está, justamente, o risco de, se desenvolvermos essas atividades de forma indisciplinada, tornarmos inviável essa convivência, que, é o objetivo de toda ciência natural e do próprio Direito.

## NOTAS

- 1 MACHADO, 1992. p. 203.
- 2 FREITAS, 1995. p. 20.
- 3 ZAMBONI *apud* FREITAS, 1995. p. 20.
- 4 FREITAS, 1998. p. 373.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito Administrativo e meio ambiente*. Curitiba : Juruá, 1995.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. São Paulo : Malheiros, 1992.